

N. 04644/2013 REG.PROV.COLL.

N. 02445/2013 REG.RIC.

N. 03939/2013 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2445 del 2013, proposto da:
Di Capua Francesco Paolo, rappresentato e difeso dagli avv.ti Ernesto De Maria e
Luca Migliore, presso lo studio dei quali elettivamente domicilia in Napoli, via
Duomo n.133;

contro

Azienda Sanitaria Locale Benevento, in persona del Direttore generale dott.
Michele Rossi, rappresentata e difesa dall'avv. Caterina Costantini, domiciliata, ai
sensi dell'art. 25, comma primo, c.p.a., presso la Segreteria del Tar Campania in
Napoli, piazza Municipio;

sul ricorso numero di registro generale 3939 del 2013, proposto da:
Di Capua Francesco Paolo, rappresentato e difeso dagli avv.ti Ernesto De Maria e
Luca Migliore, presso lo studio dei quali elettivamente domicilia in Napoli, via
Duomo n.133;

contro

Azienda Sanitaria Locale Benevento, in persona del Direttore generale dott. Michele Rossi, rappresentata e difesa dagli avv. Caterina Costantini e Maria Concetta Tedesco, domiciliata, ai sensi dell'art. 25, comma primo, c.p.a., presso la Segreteria del Tar Campania in Napoli, piazza Municipio;

nei confronti di

Capo Roberto, non costituito;

quanto al ricorso n. 2445 del 2013:

per l'annullamento della determinazione dirigenziale dell'ASL BN 1 – U.O.C. Tecnico Amministrativa Manutentiva e del Patrimonio, prot. n. 25 del 23.04.2013, con la quale è stata annullata la determina dirigenziale UOC TAMP n. 12 del 18.5.2012 con cui si era deciso di procedere all'individuazione di un esperto qualificato per la sorveglianza fisica dalle radiazioni ionizzanti e di esperto in fisica medica; nonché per l'esecuzione della sentenza del TAR Campania - Napoli n. 1561 del 20.3.2013 con la quale è stata annullata l'aggiudicazione in favore dell'ing. Roberto Capo della gara per l'individuazione di un esperto qualificato per la sorveglianza fisica dalle radiazioni ionizzanti e di esperto in fisica medica; nonché, in via subordinata, per il risarcimento del danno derivante dal rifiuto della ASL BN 1 di stipulare il contratto di appalto con il ricorrente;

quanto al ricorso n. 3939 del 2013:

per l'esecuzione della sentenza del TAR Campania - Napoli n. 1561 del 20.3.2013 con la quale è stata annullata l'aggiudicazione in favore dell'ing. Roberto Capo della gara per l'individuazione di un esperto qualificato per la sorveglianza fisica dalle radiazioni ionizzanti e di esperto in fisica medica; nonché, in via subordinata, per il risarcimento del danno derivante dal rifiuto della ASL BN 1 di stipulare il contratto di appalto con il ricorrente.

Visti i ricorsi ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale Benevento;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2013 la relazione del dott. Francesco Guarracino e uditi i difensori delle parti presenti come specificato nel verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con precedente ricorso iscritto a ruolo col n. 5772/2012, l'ing. Francesco Paolo Di Capua impugnava il provvedimento di aggiudicazione all'ing. Roberto Capo di una procedura negoziata indetta dall'ASL Benevento 1 per l'affidamento dell'incarico di esperto qualificato per la sorveglianza fisica dalle radiazioni ionizzanti e di esperto in fisica medica per il triennio 1.8.2012 – 31.7.2015 (CIG 4250078B4E, numero gara 4217456), al termine della quale il ricorrente aveva conseguito il secondo miglior punteggio.

Con sentenza di questa Sezione n. 1561 del 20 marzo 2013 il ricorso veniva accolto per la riscontrata illegittimità dell'ammissione dell'ing. Capo alla procedura e, per l'effetto, annullato il provvedimento di aggiudicazione definitiva in suo favore della gara (d.d. prot. n. 34 dell'1.10.2012 dell'U.O.C. Tecnico Amministrativa Manutentiva e del Patrimonio).

La sentenza nulla disponeva sulla sorte del contratto stipulato il 7.11.2012 dall'ASL con l'ing. Capo, motivando che nulla in merito era stato domandato in giudizio dal ricorrente, nemmeno sotto forma di domanda di risarcimento in forma specifica.

Con atto stragiudiziale notificato all'ASL Benevento 1 il 25 marzo 2013 a mezzo del servizio postale, l'ing. Di Capua, premettendo di non aver chiesto in giudizio il

subentro nel contratto perché sottoscritto dopo la notifica del ricorso, invitava l'amministrazione a dichiarare l'inefficacia del contratto sottoscritto con l'ing. Capo e a disporre il suo subentro alle condizioni da lui proposte nell'offerta tecnica ed economica formulata in sede di gara.

L'ASL non riscontrava la richiesta, ma con tre successive determinazioni adottate il 22 e 23 aprile 2013 dal dirigente responsabile dell'U.O.C. Tecnico Amministrativa Manutentiva e del Patrimonio così provvedeva:

- con d.d. n. 23 del 22.4.2013 nominava la commissione giudicatrice di una nuova procedura negoziata indetta per l'affidamento del medesimo servizio, sulla premessa che *«nelle more di ottemperare alla sentenza n. 1561/2013 del TAR Campania annullando il provvedimento di aggiudicazione e revoca del contratto stipulato con l'ing. Capo, si rende urgente ed improcrastinabile procedere all'affidamento del servizio»* e che *«a tale scopo, il dirigente dell'U.O.C. Tecnico - Amministrativa - Manutentiva e del Patrimonio ha esperito gara a Procedura Negoziata per l'affidamento del servizio di che trattasi, per un periodo di anni uno dalla data di affidamento»* (nulla è riportato in merito agli estremi identificativi dell'atto d'indizione o della lettera d'invito, ma solo che il termine per presentare le offerte era scaduto lo stesso 22 aprile e che era pervenuta una sola offerta);
- con d.d. n. 24 del 23.4.2013 determinava di *«prendere atto dei contenuti della Sentenza n. 1561/2013 del TAR Campania Sez. II e conseguentemente annullare la determina dirigenziale n. 34 dell'1/10/2012 relativa all'aggiudicazione definitiva del servizio di sorveglianza fisica della radioprotezione compreso i controlli di qualità delle attrezzature radiologiche ubicate nelle varie strutture dell'ASL BN»*;
- con d.d. n. 25 del 23.4.2013 annullava anche lo stesso procedimento di gara (indetto con d.d. UOC TAMP n. 12 del 18.5.2012) su cui si era pronunciata la sentenza n. 1561/2013, con la motivazione che *«l'art. 10 della lettera di invito a gara stabiliva che le offerte fossero valide per novanta giorni dalla data di presentazione, avvenuta il 15 giugno 2012»* e che *«atteso che è ampiamente decorso tale termine, l'offerta presentata in gara*

dagli altri concorrenti non è più valida e, quindi, ricorrono le condizioni per annullare la gara de quo».

A fronte di ciò, l'ing. Di Capua, rivendicando il diritto all'esecuzione della sentenza n. 1561/2013 nel senso del suo subentro nel contratto stipulato con l'ing. Capo e al risarcimento del danno, è tornato ad adire questo Tribunale Amministrativo Regionale con due distinti ricorsi.

Col primo ricorso, n. 2445/2013 di r.g., notificato il 17 maggio 2013 alla sola ASL Benevento 1 e depositato il successivo 28 maggio, ha impugnato in via ordinaria la d.d. n. 25/2013 che aveva "annullato" la procedura di selezione alla quale aveva partecipato, sostenendo col primo mezzo di ricorso la nullità dell'atto per elusione del giudicato formatosi sulla sentenza n. 1561/13 (avendo chiesto in precedenza, nell'atto di diffida, di ottenere l'aggiudicazione proprio alle condizioni economiche indicate in sede di gara), nonché ha agito per l'esecuzione della medesima sentenza, illustrando nel secondo motivo di ricorso le ragioni per le quali – nel silenzio di quella decisione sul subentro nel contratto stipulato dalla ASL con l'ing. Capo – sarebbe ancora possibile ottenere lo scorrimento della graduatoria, l'aggiudicazione del servizio ed il subentro nel contratto, con risarcimento del danno per il periodo di mancato espletamento del servizio nelle more. In via subordinata, ha chiesto il risarcimento del danno direttamente dipendente dalla mancata aggiudicazione, quantificato in € 95.817,29, oltre al risarcimento del danno curricolare da liquidarsi in via equitativa.

Col secondo ricorso, n. 3939/2013 di r.g., notificato il 3 settembre 2013 a mezzo posta sia alla ASL sia all'ing. Roberto Capo, - espressamente intestato "ricorso per ottemperanza" - il ricorrente ha inteso direttamente agire per l'esecuzione della più volte ripetuta sentenza n. 1561/13, con un primo motivo con cui si ripropongono alla lettera (sebbene in ordine inverso) le argomentazioni già affidate al primo ed al

secondo motivo del ricorso n. 2445/2013, per il resto tornando a chiedere in via subordinata il risarcimento del danno nella medesima misura suindicata.

Con separata istanza in data 11 settembre 2013 – oltre che già con lo stesso ricorso n. 3939/13 - il ricorrente ha chiesto la riunione delle due cause.

L'ASL Benevento 1 si è costituita in entrambi i giudizi per resistere alle domande, producendo memorie difensive e documenti, tra cui:

- la d.d. n. 38 del 23.5.2013 (prodotta in ambedue i fascicoli), con la quale il dirigente responsabile dell'U.O.C. T.A.M.P. ha, tra l'altro, determinato: a) di non procedere all'aggiudicazione definitiva della gara svoltasi il 22 aprile, perché l'unica offerta economica pervenuta era stata ritenuta non congrua in relazione alla durata del servizio ed in rapporto all'onere di spesa per gli affidamenti pregressi; b) di attivare un nuovo procedimento per l'affidamento triennale del servizio (CIG 51378911C8); c) dato atto che nelle more l'ing. Capo aveva garantito la continuità del servizio, di *«revocare in via di autotutela il contratto stipulato con l'Ing. Capo con decorrenza degli effetti dalla data di sottoscrizione del contratto con l'esperto che risulterà aggiudicatario della nuova procedura, al fine di garantire la continuità del servizio secondo le previsioni di legge e per quanto alla nota prot. 57411 del 17/04/2013 dell'U.O.C. Affari Legali ASL BN»*;

- la d.d. n. 49 del 2.7.2013 di nomina della commissione giudicatrice della nuova gara, il verbale di gara e la d.d. n. 70 del 17.9.2013 di aggiudicazione definitiva della stessa al dott. Giorgio Punzo per un importo complessivo di € 83.769,51.

Alla camera di consiglio del 10 ottobre 2013 i due ricorsi sono stati trattenuti in decisione, sentendo i difensori delle parti (nessuna delle quali ha dichiarato di voler proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza o di giurisdizione) sulla possibilità che il ricorso r.g.n. 2445/13, chiamato per l'esame della domanda cautelare, potesse essere definito con sentenza, ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

I due ricorsi debbono essere preliminarmente riuniti al fine di rendere possibile la valutazione complessiva di una pretesa di parte sostanzialmente unitaria e, quindi, la loro definizione con unica sentenza.

In generale, a ciò non osta la circostanza che possa trattarsi, rispettivamente, di un giudizio di cognizione e di un giudizio di ottemperanza, essendo ormai chiarito che in questi casi «l'instaurazione di due distinti giudizi – che è conseguenza di una incertezza derivante dallo stesso ordinamento processuale – non elimina la sostanziale unicità di una domanda che presuppone implicitamente la richiesta al giudice, insieme all'esame della natura della patologia dell'atto, la corretta qualificazione della tipologia dell'azione. Il che, come è evidente, non può che avvenire se non attraverso un esame congiunto e comparativo delle due domande, ancorché le stesse introducano – per effetto del sistema processuale vigente – due giudizi tipologicamente distinti, l'uno di cognizione l'altro di ottemperanza» (cfr. C.d.S., Ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2).

Nello specifico, poi, i due ricorsi si presentano sostanzialmente identici, fatto salvo che per la richiesta di sospensione cautelare contenuta nell'epigrafe del ricorso n. 2445/13 (la quale depone per il rito ordinario) a fronte dell'espressa intitolazione al giudizio per ottemperanza nell'epigrafe del ricorso n. 3939/13.

Nel merito, essi sono fondati.

Come ancora autorevolmente rilevato dall'Adunanza plenaria nella pronuncia testé citata, l'accertamento definitivo del giudice relativo alla sussistenza di determinati presupposti relativi alla pretesa del ricorrente non può non essere vincolante nei confronti dell'azione amministrativa.

Nel caso in esame, la sentenza n. 1561/13 resa da questa Sezione sul precedente ricorso dell'ing. Di Capua ha annullato l'aggiudicazione in favore dell'ing. Roberto Capo in quanto l'offerta di quest'ultimo era da considerarsi incompleta e parziale e

pertanto, non essendo stata redatta in conformità alle previsioni della lettera di invito, inammissibile, con conseguente illegittimità della sua ammissione alla gara.

La sentenza, invece, non ha deciso della sorte del contratto concluso nelle more del giudizio tra l'ASL e l'ing. Capo, a seguito dell'aggiudicazione poi annullata, perché nulla era stato domandato in merito e dunque, in definitiva, per il rispetto del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, astenendosi, per tale ragione, da ogni approfondimento dell'esatta delimitazione dei poteri esercitabili dal giudice nella particolare fattispecie concreta.

L'amministrazione, in seguito, ha peraltro autonomamente riconosciuto di dover rimuovere, in esecuzione della sentenza, il vincolo negoziale concluso sulla scorta dell'illegittima aggiudicazione all'ing. Capo (cfr. d.d. n. 23 del 2013 cit., dove si dice: «*nelle more di ottemperare alla sentenza n. 1561/2013 del TAR Campania annullando il provvedimento di aggiudicazione e revoca del contratto stipulato con l'ing. Capo ...*») ed a tanto ha, infine, provveduto con la d.d. n. 38 del 23 maggio 2013, sia pure con effetto dalla data di futura stipula di un nuovo contratto, onde non interrompere la continuità del servizio in essere (cfr. d.d. n. 38 del 2013 cit., dove dispone di «*revocare in via di autotutela il contratto stipulato con l'Ing. Capo con decorrenza degli effetti dalla data di sottoscrizione del contratto con l'esperto che risulterà aggiudicatario della nuova procedura, al fine di garantire la continuità del servizio secondo le previsioni di legge e per quanto alla nota prot. 57411 del 17/04/2013 dell'U.O.C. Affari Legali ASL BN*»).

In questi termini, può dunque affermarsi che la ASL abbia portato a conseguenza, per la sua *pars destruens*, la sentenza di annullamento dell'aggiudicazione.

Non potrebbe, tuttavia, ugualmente dirsi che l'amministrazione, per la rimanente parte della sua azione successiva alla sentenza, abbia rispettato quell'esigenza di dare esecuzione secondo buona fede alla decisione giurisdizionale amministrativa che (come ancora ricordato dalla suddetta pronuncia dell'Adunanza plenaria) è alla base di qualsiasi ricostruzione interpretativa della materia, avendo la pubblica

amministrazione l'obbligo di soddisfare la pretesa del ricorrente vittorioso e di non frustrare la sua legittima aspettativa con comportamenti elusivi, ma di attivare con lo stesso una leale cooperazione.

La decisione dell'ASL di dare esecuzione alla sentenza rinnovando integralmente la procedura di gara anziché scorrere la graduatoria, motivata perché sarebbe intanto scaduto il periodo di validità delle offerte (stabilito in novanta giorni dalla data della loro presentazione), non ha, infatti, tenuto in alcun conto la circostanza che quel termine, posto in primo luogo a garanzia dell'offerente, può essere da questi rinunciato, in base al principio generale di cui è espressione l'art. 1326, co. 3, c.c., presupposto della previsione specifica dell'art. 11, co. 6, del d.lgs. 163/06, il quale consente alla amministrazione di chiedere ai concorrenti il differimento del termine (cfr. anche, sulla questione, C.d.S., sez. VI, 24 giugno 2010, n. 4019, secondo cui: «è evidente che il vincolo riguarda l'offerente, che decorso il termine può ritenersi sciolto dall'offerta presentata. Il "vincolo" non significa tuttavia che l'offerta decade ex lege decorso il termine, ma solo che l'offerente può svincolarsi da essa. Pertanto, se l'offerente non dichiara di ritenersi sciolto, l'offerta non decade»).

Nel caso di specie il ricorrente, come è documentalmente provato in giudizio, aveva già confermato la validità della sua offerta, chiedendo espressamente il subentro «alle condizioni proposte nell'offerta tecnica ed economica formulata in sede di gara» (cfr. l'atto stragiudiziale di invito e diffida notificato il 25-26 marzo 2013).

Dunque, la d.d. n. 25 del 23 aprile 2013, nell'annullare la gara originaria omettendo del tutto di considerare l'avvenuta conferma dell'offerta da parte del ricorrente, pur comunicata circa un mese prima, ne ha frustrato, senza valida ragione, il ribadito interesse ad una rinnovazione parziale e soddisfattiva della procedura ed in questo modo si rivela elusiva del(la forza conformatrice del) *decisum* giurisdizionale.

La suddetta determinazione dirigenziale è, pertanto, nulla, ai sensi dell'art. 21 *septies* della legge n. 241/90.

Non constano, inoltre, sopravvenienze che possano risultare di ostacolo alla piena esecuzione della suddetta decisione.

La successiva gara svoltasi il 22 aprile 2012 non è stata, infatti, aggiudicata. Quella ancora successiva, di cui ha dato notizia l'ASL in giudizio e che è stata indetta con d.d. n. n. 38 del 23 maggio 2013 (vale a dire dopo l'avvenuta notifica del primo dei due ricorsi in esame, e comunque sul presupposto dell'avvenuto annullamento – come si è visto, illegittimo - dell'originaria gara), pur conclusasi con provvedimento di aggiudicazione del 17 settembre 2013 non risulta, allo stato degli atti del presente giudizio, che abbia dato finora luogo, a sua volta, alla stipula del contratto per lo svolgimento del servizio in questione in sostituzione dell'ing. Capo.

Ne segue che il ripristino della posizione soggettiva (illegittimamente) sacrificata dell'odierno ricorrente risulta compatibile con lo stato di fatto e di diritto *medio tempore* prodottosi; naturalmente, qualora non fosse stato così, sarebbe stato invece necessario respingere la domanda di ottemperanza e procedere all'esame di quella di risarcimento del danno monetario, proposta in via subordinata.

In conclusione, per tutte le ragioni sin qui esposte la domanda di ottemperanza è fondata e deve essere pertanto accolta, sicché per l'effetto, nell'esercizio dei poteri di cui all'art. 114, comma 4, c.p.a. in sede di giurisdizione di merito:

- va dichiarata la nullità della d.d. n. 25 del 23 aprile 2013;
- va ordinata alla ASL Benevento 1 l'ottemperanza alla sentenza n. 1561 del 20 marzo 2013, che dovrà avvenire provvedendo: a) all'aggiudicazione in favore dell'ing. Di Capua, sotto verifica delle condizioni di legge, della procedura per l'affidamento dell'incarico di esperto qualificato per la sorveglianza fisica dalle radiazioni ionizzanti e di esperto in fisica medica, CIG 4250078B4E, numero gara 4217456; b) di conseguenza, alla stipula del relativo contratto di durata triennale,

con decorrenza dal trentesimo giorno successivo dalla data di comunicazione in via amministrativa, o di notificazione a cura di parte se anteriore, della presente decisione; infatti, sebbene il triennio previsto in origine (dall'1.8.2012 al 31.7.2015) sia parzialmente decorso, occorre tener conto, nel prescrivere le modalità dell'ottemperanza, da un lato che l'utilità sostanziale perseguita dall'ing. Di Capua con la partecipazione alla gara e poi col ricorso avverso l'aggiudicazione è evidentemente legata allo svolgimento integrale dell'incarico (sia per questioni di ritorno economico, sia per arricchimento curricolare), dall'altro che la sua pretesa a conseguire quella tutela giurisdizionale piena ed effettiva del suo interesse che è garantita anzitutto dalla Carta fondamentale (artt. 24 e 113 Cost.) si concilia con l'immanente interesse pubblico ad evitare inutili duplicazioni di spesa (nelle more il servizio è stato assicurato dall'ing. Capo, dietro retribuzione, e se non fosse consentito al ricorrente di prolungare corrispondentemente la scadenza dell'incarico, egli andrebbe risarcito per la decurtazione temporale) ed infine, da un altro lato ancora, che non ostano a che il nuovo contratto con l'ing. Di Capua possa avere la stessa durata programmata del servizio – cioè tre anni – eventuali considerazioni di programmazione finanziaria, in quanto, trattandosi della soddisfazione di esigenze di natura permanente, alla scadenza dei tre anni originariamente programmati (31.7.2015) la stazione appaltante dovrebbe reperire comunque nuovi fondi da stanziare per proseguire il servizio, indicando a tale scopo una nuova gara (cfr. C.d.S., sez. III, 12 settembre 2012, n. 4831).

Qualora l'ASL non provveda nel termine assegnato di trenta giorni dalla data sopra indicata, provvederà in sua sostituzione un commissario ad acta che si nomina sin d'ora nell'Assessore alla sanità della regione Campania, con facoltà di delega ad un funzionario della medesima amministrazione regionale.

Restano assorbite le domande di risarcimento del danno per equivalente.

Le spese seguono la soccombenza dell'ASL, nella misura liquidata in dispositivo, mentre vanno compensate nei confronti dell'ing. Capo (intimato nel solo giudizio n.r.g. 3939/13), al quale non competeva l'esecuzione della sentenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe (n. 2445/13 e n. 3939/13), previa loro riunione li accoglie e, per l'effetto, dichiara la nullità della d.d. n. 25 del 23 aprile 2013 dell'ASL Benevento ed ordina alla medesima ASL l'ottemperanza alla sentenza n. 1561 del 20 marzo 2013 di questa Sezione con le modalità di cui in motivazione. ---

Nomina sin d'ora, qualora l'A.S.L. Benevento non provveda nel termine assegnato, quale commissario ad acta l'Assessore alla sanità della regione Campania, con facoltà di delega a un funzionario della medesima amministrazione regionale. ---

Condanna l'A.S.L. Benevento, in favore del ricorrente, al pagamento delle spese di lite, che liquida nella complessiva somma di € 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre IVA e CPA, ed al rimborso del contributo unificato come per legge; compensa per il resto le spese di giudizio. ----

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente FF

Francesco Guarracino, Consigliere, Estensore

Vincenzo Blanda, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/10/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)